

A LEI 11.313/06 NO CONTEXTO DA ERA CONSENSUAL DO DIREITO PENAL

Tatiany Nascimento Chagas de Albuquerque, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

RESUMO: O estudo pretende analisar o novo modelo penalógico que se desenrola na bancada jurídica, cindindo com políticas ortodoxas e que não mais se prestam como resposta estatal aos conflitos sociais ocorrentes, demonstrando não estar o cenário jurídico pátrio alheio a estas idéias vanguardistas que se espriam no Direito Comparado. Trabalha-se também o esmero na criação dos Juizados Especiais, com a edição da Lei 9.099/95 e sua recente inovação trazida com a Lei 11.313/06, enfocando sobremaneira o tema do concurso de crimes e divergências apresentadas quanto às soluções em casos que tais. Em momento último comenta-se sobre os institutos despenalizadores, sua natureza jurídica e finalidade social, demonstrando a possibilidade de entendimento de “revogação” da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, vislumbrando-se, assim como nos institutos da composição civil e transação penal, em caso de concurso de crimes, a análise de cada infração de *per si*.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo – Penalógico – Lei 11.313/06- Conexão – Crimes menor potencial – Súmula 243 STJ.

ABSTRACT: This study intends to analyze the new penal model that is in progress in Brazilian legal system, separating from orthodox politics which are not useful as a proper government response to the current social conflicts, what demonstrates that Brazilian juridical scenario is not distant from vanguardist ideas which spread in Comparative Law. Also, it is given attention to the diligence in the creation of Special Judgeships, which deal with crimes of minor offensive power, with Law 9.099/95 and its recent innovation brought by Law 11.313/06, focusing the theme of crime cooperation and dissension about the solution of such cases. Finally, comments are made about decriminalization institutes, its juridical nature and social purposes,

demonstrating the possibility of agreement to the cancellation of Summula 243 of STJ (The Superior Justice Court), discerning consequently, as in the institutes of civil and criminal transaction, in crime cooperation, the analysis of each infraction.

KEYWORDS: model; penological; Law 11.313/06; connexion; crimes of minor offensive power; Sumula 243 STJ.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Era Consensual no Direito Penal; 3. Conexão e Continência nos Juizados Especiais Criminais; 4. Conexão e continência entre dois crimes de menor potencial ofensivo: leitura isolada ou soma das penas? 5. Conexão e Continência: reunião ou separação dos processos; 6. Inovações trazidas pela Lei 11.313 de 28 de junho de 2006; 7. Lei 11.313/06 e reflexo na Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A história da evolução do homem revela a inquietação que se estabelece em fins de qualquer ciclo de desenvolvimento ideológico e incorporação de novo modelo.

Trazendo a análise para o campo do estudo das possibilidades de resolução de conflitos de interesses, vimos o afastamento da autotutela e aproximação de modelos que caminhavam juntos com o desenvolvimento consciencial do ser humano, o qual começou a perceber a fragilidade e decadência daquela brutal forma de solucionar os conflitos, já não tão embrionários no seio da sociedade.

Em razão do dito desenvolvimento, que trouxe afinamento do ideal de justiça, se deparou o homem com a idéia de heteronomia, já que um terceiro afastado das emoções imediatas daqueles envolvidos nos conflitos, teria mais equilíbrio para resolver a “questão” e aproximar-se de uma decisão mais equânime a todos.

Deste conceito evoluiu-se para tantos outros sobre a estrutura do poder e meio de punição daqueles que olvidam regras mínimas e que tornam insustentável o convívio com os pares da sociedade, dos quais focamos neste breve estudo o discurso abolicionista que começou a criticar a forma tradicional de tratar o binômio “instâncias formais x controle social”.

Desta disseminação de idéias vanguardistas não ficou longe o legislador brasileiro que, atento, lançou no panorama jurídico brasileiro a idéia inicial dos “Juizados de Pequenas Causas” evoluindo para a conhecida Lei dos Juizados Especiais, publicadas em 1995 e que revelou grande marco no assunto.

E não parou por aí, haja vista que constantes alterações são realizadas neste “microssistema” visando à concretização de melhoria na resolução dos conflitos sociais, seja de um lado, e como viga-mestra, o fomento à composição civil, seja de outro, alavancando a aplicação da política do desencarceramento na seara criminal, com pregação dos institutos despenalizadores da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Dentre estas alterações tratamos com reverência a trazida na Lei 11.313, de 28 de junho de 2006, que espancou séria discussão sobre o tema conexão e continência envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, assim como estudamos o reflexo de tal inovação na Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

2. ERA CONSENSUAL DO DIREITO PENAL

Grande avanço abordou a “Justiça” Criminal com o advento da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, oriunda dos dois anteprojeto números 1.480/89 e 3.698/89 de autoria, respectivamente, dos Deputados Michel Temer e Néelson Jobim. O primeiro tratava exclusivamente do Juizado Especial Criminal, enquanto o segundo abordava temas civis e criminais.

Com espírito diametralmente oposto ao modelo penalógico anteriormente seguido, de diversa maneira tratou do conflito de interesses, afastando-se da Heteronomia, onde a resolução da lide é atribuída a um terceiro que não auxilia, nem representa as partes, para possibilitar aos próprios envolvidos no conflito apresentarem a proposta de pacificação social que lhes parecer mais adequada *rectius* justa.

O modelo ortodoxo de resolução de controvérsia, onde o deslinde do caso penal, aplicação e execução da pena se concentram na figura do Estado, está posto e aceito desde o pensamento dos filósofos do Iluminismo, através de idéias que pregavam a necessidade do homem

abrir mão do direito de resolver o conflito individualmente (autotutela) e transferi-lo para mãos de um terceiro imparcial que atuava como substituto dos contendores. Tal justifica a razão de haver dito modelo se enraizado na sociedade.

Em que pese crítica apresentada pelo professor e pós-doutor José de Albuquerque Rocha em sua obra *Teoria Geral do Processo*, sobre a forma trazida por grande parte da doutrina sobre o desenvolvimento histórico dos meios de tratamento dos conflitos, asseverando não terem surgido de forma linear, já que a história não obedece a alguma razão moral ou “espírito de justiça”, o que vemos a partir da década de sessenta no contexto mundial, é a voz do discurso abolicionista advogando a eliminação do sistema penal/carcerário. Mister citar nesta altura o enfoque foucaultiano (Michel Foucault) sobre a estrutura social e sua relação com a forma de punir. Este enfoque gera radical mudança no discurso da criminologia crítica, que passa a exigir quebra com as instâncias formais de controle social.

Inserido no contexto descrito, o cenário jurídico brasileiro não passa incólume a tais idéias. Sem descer mais amiúde sobre o tema, pois não objeto central deste estudo, ululante se revela a ineficiência do sistema carcerário brasileiro como posto, onde longe está de a pena privativa de liberdade cumprir seus objetivos; ao contrário, vê-se às escâncaras reiteradas derrogações dos direitos humanos, com irrestrita ofensa à dignidade do ser humano.

Entre tantas outras, tais constatações cada vez mais gritantes, passaram a criar desconforto nos penalistas, que pesquisaram formas alternativas de controle das condutas que menos lesão causam à sociedade, denominadas pela Lei 9.099/95, “crimes de menor potencial ofensivo”, sem olvidar os crimes de médio potencial ofensivo também citados pela lei em seu art. 89.

Cumprir destacar neste ponto a relevância de não confundir o caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal, exteriorizado através do Princípio da Intervenção Mínima, com nova forma de tratar o conflito penal em determinados casos.

Sobre o primeiro tema destaca Claus Roxin in *Derecho penal*, t.I, p. 45:

“A proteção de bens jurídicos não se realizará só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as modalidades protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ultima ratio da política social e se define a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos”.

Dentro desta análise apresentada, as condutas que não se revelarem ofensivas à sociedade ao ponto de receber a tutela penal são consideradas atípicas; para tanto importante gama de teorias têm se preocupado em apresentar soluções doutrinárias para casos que tais, a exemplo da Imputação (*rectius* Desimputação) Objetiva, Tipicidade Conglobante entre outras.

De reversa maneira a forma de “tratar” algumas condutas utilizando nova concepção do Direito Penal, abre espaço apenas para discussão de aplicação de outras formas de “repressão social” diversa da aplicação da pena privativa de liberdade. Tais condutas são sim lesivas, portanto típicas, mas não a ponto de ser imposto ao seu autor a restrição da liberdade.

Este foi o contexto em que foi trazida ao Ordenamento Jurídico Brasileiro a lei 9.099/95, responsável por albergar os institutos despenalizadores da composição civil e transação penal, metamorfoseando como nunca modelos engessados do Direito Penal, passando, entre outros enfoques, à valorização do papel da vítima e devolvendo aos contendores a resolução do conflito social, porém de forma civilizada, no que se afasta da autotutela.

Quão grande foi a importância da criação deste microssistema para o Direito Penal que de seu nascedouro até hoje, maneiras são buscadas sempre no afã de alargar a aplicação dos institutos despenalizadores citados, cumprindo destacar como ponto marcante neste processo a edição da Lei 10.259/01 que, após acirrados debates acadêmicos,

concluíram doutrina e jurisprudência ter havido majoração da pena, abstratamente considerada para fins de definição do crime de menor potencial ofensivo de 01 (um) – previsto na Lei 9.099/95, para 02 (dois) anos.

Recentemente, em 29 de junho de 2006, mais uma inovação ocorreu no texto das leis mencionadas, colocando fim a grande debate doutrinário que envolvia o tema “Concurso de Crimes” em cotejo com as definições trazidas por estas mesmas leis.

É o que será discorrido.

3. CONEXÃO E CONTINÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Sem adentrar às incontáveis classificações acerca dos institutos da conexão e continência, já que além de não ser o objeto central de nosso estudo, difere segundo o autor que as apresenta, importa relembrar a definição e utilidade dos mesmos.

Nas palavras do professor Paulo Rangel em sua obra *Direito Processual Penal*:

“Conexão significa união, nexó, ligação, relação entre um fato e outro. Continência significa extensão, capacidade. A continência pode ser objetiva ou subjetiva. Na primeira hipótese, haverá cúmulo de fatos (dois ou mais crimes em concurso formal, *aberratio ictus* ou *aberratio criminis*). Na segunda hipótese (subjetiva) haverá um litisconsórcio passivo necessário (dois ou mais indivíduos acusados pela mesma infração)”.

No que toca à finalidade dos institutos acrescenta o mesmo professor:

“O importante é saber que tanto em uma hipótese quanto em outra (conexão ou continência) haverá um só processo e julgamento, pois por economia processual e diante da possibilidade de

julgamentos conflitantes o efeito primordial da conexão e continência é a unidade de processo e julgamento”.

Relembrados estes conceitos, através da lapidar lição, insta fixar que com tais institutos – conexão e continência - trouxe o legislador regra de fixação/modificação de competência, fazendo questão de minudenciar nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal quando ocorreria uma e outra hipótese e, como sinteticamente apresentado pelo professor citado, na conexão sempre existe um liame entre a prática de uma conduta e outra, de forma que deverão ser conhecidas e julgadas em um mesmo processo, pois sempre a prova de uma das infrações influenciará na prova da(s) outra(s); já na continência, também existe uma “elasticidade” da regra de competência originariamente estabelecida, pois houve a prática de uma infração por diversas pessoas (concurso de pessoas), devendo haver julgamento de todas em um mesmo processo ou a hipótese é de concurso formal, erro na execução ou resultado diverso do pretendido.

É sabido que o Ordenamento Jurídico obedece a uma ordem sistêmica, de modo que uma norma, via de regra, não pode colidir com outra e, se tal ocorre, os processos de interpretação mostram caminhos de dissipar tais conflitos.

Dito isto e ciente da diversidade de ocorrência das situações fáticas, visando manter esta ordem do sistema jurídico, o legislador observou no art. 78 do Código de Processo Penal, situações peculiares onde haveria colisão normativa se aplicada à regra geral de fixação de competência. Entretanto, não houve neste lembrado do legislador referência ao concurso de crimes, quando um deles fosse considerado de menor potencial ofensivo, por questão lógica e temporal, já que o Código de Processo Penal data de 1941 e a redação do art. 78, que trata do assunto ora versado, fora modificado posteriormente em 1948 pela Lei n. 263.

Dessarte ocorreu o óbvio: a doutrina passou a debater sobre o tema, quando houvesse concurso de crimes envolvendo crime de menor potencial ofensivo, sejam dois crimes desta natureza ou um desta e outro de maior ou médio (pena mínima igual ou maior que um ano) potencial ofensivo.

Nesta altura penso deva haver cisão de discussão, seguindo uma vertente a análise da possibilidade ou não de somar as penas cominadas abstratamente aos crimes ou considerá-las de forma autônoma para efeito de análise da competência dos Juizados Especiais Criminais e a segunda sobre a reunião ou separação do processo quando fosse caso de conexão ou continência, sendo um dos crimes de menor potencial ofensivo.

4. CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE DOIS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: LEITURA ISOLADA OU SOMAÇÃO DAS PENAS?

Como já rascunhado no tópico anterior grande debate doutrinário e jurisprudencial começou a agitar os estudiosos e operadores do direito, quando o assunto era conexão ou continência envolvendo dois crimes de menor potencial ofensivo. O correto entendimento seria a análise isolada das penas cominadas aos crimes ou deveria haver a soma para fins de considerar a competência dos Juizados Especiais Criminais?

Uma corrente defendida dentre outros pelo professor René Ariel Dotti, acompanhado de vasta corrente jurisprudencial entendia que as penas deveriam ser somadas e, se o resultado ultrapassasse o limite abstratamente fixado pela Lei 9.099/95 escapava à competência aos Juizados Especiais Criminais para o julgamento.

Eis o pensamento do professor René Ariel Dotti expressado antes da edição da Lei 10.259/01:

“Se a soma das penas privativas de liberdade ultrapassar o teto de um ano, o processo e julgamento do autor do fato extrapolam a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que em cada uma das infrações concorrentes a pena cominada seja inferior ao teto legal de um ano. O juízo comum é o órgão competente para o respectivo processo e julgamento.”

Seguindo a posição da doutrina decidem alguns Tribunais:

“Competência – Crimes praticados em concurso material ou formal – Necessidade de se verificar a soma das penas ou o máximo da reprimenda prevista para a infração mais grave, com o acréscimo, também não excede aquele limite nos casos de concurso formal” (TJRN – Confl. Neg. Comp 391 – Rel. Des. Armando da Costa Ferreira – RT 748/702).

E mais:

“Lei 9.099/95- Réu portador de antecedentes que pratica crimes em concurso – Impossibilidade – Está afastado da esfera de aplicação da Lei 9.099/95 o réu cuja pena, por ter praticado crimes numa das hipóteses dos art. 69, 70 ou 71 do CP, excede o mínimo de um ano, e não possui, ademais, bons antecedentes”. (TACRIM-SP – HC 289884 – Rel. Luiz Ambra – Rolo-flash 1.036/207).

Neste diapasão, havendo concurso de crimes, dever-se-ia somar as penas e, se fosse ultrapassado o limite estabelecido por lei para a conceituação das infrações de menor potencial ofensivo, haveria carência de competência dos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento dos crimes, devendo haver remessa ao Juízo Comum.

Crítica acirrada se faz a esta vertente, o que repercute na inovação trazida pela Lei 11.313/06 (que será logo mais estudada) trazendo para tanto base constitucional, ao enunciar que a competência dos Juizados Especiais Criminais tem fundamento constitucional no art. 98, inciso I da Carta Magna e jamais poderia ser derrespeitado, vez que versa sobre competência estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto. Nesta defesa parte Cezar Roberto Bitencourt para quem *“a competência ratione materiae objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais.”*

Outra parte da doutrina e jurisprudência, devendo ser citados os professores Roberto Podval, Damásio de Jesus, Ada Pellegrini, Antônio

Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes, entende que as penas deveriam ser vistas de forma isolada, esquecendo-se o exegeta do concurso de crimes e analisando cada infração isoladamente, em aplicação analógica ao art. 119 do Código Penal que traz esta regra para o estudo da prescrição.

Defendeu o professor Damásio de Jesus *in* Lei dos Juizados Especiais Criminais, 6ª ed. Atual e ver., São Paulo, Saraiva, 2001. p. 19) que *“devem ser consideradas isoladamente para efeito de incidência da Lei 9.099/95, não devendo as penas ser somadas”*.

E também a decisão a seguir:

“Concurso de crimes – Consideração autônoma para obtenção da pena mínima para aplicação da lei – Necessidade – Em sede de concurso de crimes, na Lei 9.099/95, aplica-se analogicamente a disciplina da prescrição do art. 119 do CP, ou seja, as penas cominadas aos delitos não podem ser somadas, devendo ser consideradas autonomamente, para fins de obtenção da pena mínima para aplicação da lei” (TACRIM – AC 984371 – Rel. Corrêa de Moraes).

Como já dito anteriormente, sabemos que o Ordenamento Jurídico obedece a uma harmonia sistêmica, de sorte que uma norma não pode ditar de uma forma e outra disciplinar em contradição com o que já está posto. O mesmo raciocínio, pensamos, deve se dar no campo da análise dos institutos dentro de determinada cena histórica, já que existe uma contextura entre todos os elementos.

Assim é que, conforme vimos no início deste trabalho, há fortes fundamentos para entendermos que a política do encarceramento está fadada ao insucesso, ao menos da forma como hoje se apresenta, havendo cada vez mais pregação sobre as benesses sociais na aplicação dos institutos despenalizadores (composição civil, transação penal e

suspensão condicional do processo), se e desde que se revelem aplicado de forma sistemática com adequadas políticas sociais implementadas pelo Executivo.

É preciso, destarte, que os operadores do direito não só assistam ao novo panorama penalógico que se desenrola, como também faça parte do mesmo, isto porque focar este novo modelo deve seguir como inspiração nos processos exegéticos/integrativos que sejam mister fazer, quando ocorrentes as contradições/lacunas legislativas.

É o que se dá com o tema neste momento estudado.

Não houve disposição normativa sobre a consequência jurídica em caso de conexão ou continência de dois crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve haver perquirição (dentro do contexto histórico e social apresentado) a fim de concluir-se pela melhor integração.

Partindo desta premissa, pensamos que a análise isolada de cada pena abstratamente cominada ao delito de menor potencial ofensivo seria o mais esperado deste novo modelo penalógico que se mostra realidade, já que permitiria ao suposto autor da prática delitiva (em concurso de crimes) ser beneficiado pelos institutos despenalizadores, ao menos quanto a um dos delitos, pois quanto ao segundo haveria, em tese, óbice encontrado no art. 76, parágrafo segundo, inciso II da Lei 9.099/95.

Em segunda vertente de fundamentação teríamos a sustentar nosso pensar, com a aplicação analógica do art. 119 do Código Penal. Ora, é conhecido o brocardo jurídico que diz “onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito”, o qual justifica processos integrativos das normas como a analogia. Dessarte, se “*no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente*”, justifica-se que na análise da competência sejam os crimes e suas penas conhecidos isoladamente, mais ainda porque o fato de ser um crime praticado em concurso com outro, não lhe retira a natureza de crime de menor potencial ofensivo, cuja conceituação foi dada somente através da leitura da pena de cada um deles e considerando seu teto.

Outro fundamento que se apresenta razoável está em que as regras de aplicação de pena, referentes ao concurso de crimes, trazidas na Parte Geral do Código Penal têm como “vontade” beneficiar o condenado, tanto que no concurso formal homogêneo por exemplo, aplica-se a pena cominada a um dos crimes e aumenta-se de um sexto até a metade. É assim que pensa o professor Rogério Greco *in* Curso de

Direito Penal – Parte Geral : *“as regras do concurso formal foram criadas em benefício dos agentes que, por intermédio de uma conduta única, produziram dois ou mais resultados incriminados pela lei penal”*. O mesmo se diga quanto à continuidade delitiva.

Neste sentido concluo que, se em uma parte do Ordenamento Jurídico, referência feita ao Código Penal, dá-se um tratamento ao concurso de crimes, sob pena de ‘quebrar’ a harmonia deste sistema, não se pode entender o mesmo tema de reversa forma.

Não se pode olvidar, é bem verdade, de que os Juizados Especiais, Cíveis ou Criminais, constituem um microssistema com meios próprios de atuação, entretanto, não só por isto deverá ser dissociado/apartado nesta visão macro que se deve ter do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

5. CONEXÃO E CONTINÊNCIA: REUNIÃO OU SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS

Outro enfoque de estudo a ser feito revela-se na necessidade de saber se havendo concurso de crimes, entre crime de menor potencial ofensivo e outro crime de médio ou maior potencial ofensivo, deve haver cisão ou junção dos processos, uma vez já visto o tratamento a ser dado em se tratando de concurso entre dois crimes de menor potencial ofensivo.

Neste campo também debatem doutrina e jurisprudência.

Damásio de Jesus defende a manutenção da junção dos processos, havendo remessa ao Juízo Comum, competente para julgar o crime de médio ou maior potencial ofensivo, bem como o de menor potencial, este último pela atração da competência.

Outra parte da doutrina sempre entendeu a necessidade da cisão dos processos, sob o fundamento de que a competência dos Juizados Especiais Criminais foi fixada constitucionalmente no art. 98, inciso I

da Carta Magna, não havendo permissão legal para o julgamento de crime de menor potencial ofensivo perante o Juízo Comum.

Fundamentou o professor Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público baiano, pós-graduado *lato sensu* pela Universidade de Salamanca/Espanha:

“A competência da qual falamos é ditada *ratione materiae* e, como tal, tem caráter absoluto (mesmo porque delimitada pela Constituição, secundada pela lei federal), sendo nulos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, pois o processo é como se não existisse”.

Continua o professor citado, lembrando que a regra da simultaneidade de processos em tema de conexão ou continência, não é inquebrável, pois o próprio legislador permitiu no art. 80 do Código de Processo Penal, quando o juiz reputar conveniente a separação por motivo relevante. Assim, haveria a cisão processual, seja pela regra constitucional de fixação da competência, seja pela regra infraconstitucional que abre a possibilidade.

No sentido apresentado leciona Sidney Eloy Dalabrida:

“Havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção de processos, devendo o promotor de justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face à inaplicabilidade do art. 78, II do CPP, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal”.

Toda esta discussão e diversidade de posicionamento dos operadores do Direito foi “amenizado” com a edição da Norma Federal 11.313/06, a qual alterou as Leis 9.099/95 e 10.259/01. É o que veremos no próximo tópico.

6. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.313 DE 28 DE JUNHO DE 2006

Em 28 de junho de 2006 foi editada a Lei 11.313/06 que modificou os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95 e art. 2º da Lei 10.259/01, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes de aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com a multa.” (grifos nossos).

Na Lei nº. 10.259/01

“Art. 2º Compete aos Juizados Especiais Federais Criminais processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

De partida importante chamar atenção para a nova redação do art. 61 da Lei 9.099/95 que, de forma expressa, considerou como infração de menor potencial ofensivo as contravenções, como já era antes da inovação e sobre as quais não havia discussão, bem ainda considerou os crimes com pena máxima abstratamente cominada não superior a 2 (dois) anos.

Sob este aspecto e, em que pese já pinçado no intróito deste estudo, lembramos a grande celeuma doutrinária e jurisprudencial que se travou logo quando da entrada em vigor da Lei nº. 10.259/01, ocasião em que se pensou haver dúplice definição de crimes de menor potencial ofensivo, uma a ser aplicada no âmbito da competência federal e outra, na esfera estadual. Após, vasto debate, pacificaram-se as decisões e posições doutrinárias, entendendo que a interpretação razoável a ser apresentada seria considerar-se que com a edição da lei que disciplinou os Juizados Especiais Federais, teria havido majoração da pena considerada para fins de enquadramento no conceito de infração de menor potencial ofensivo de 1 (um) para 2 (dois) anos.

Em que pese tal pacificado entendimento, o legislador entendeu por bem disciplinar sobre o tema, colocando uma pá de cal em qualquer entendimento dissidente que porventura ainda existisse.

Em outro passo, tanto na redação modificada do art. 60 da Lei 9.099/95, quanto na do art. 2º da Lei nº. 10.259/01, fez presente a necessidade de acrescentar a obediência às regras de conexão e continência.

Pensamos ser tal acréscimo normativo prescindível, pois como já anteriormente asseverado, o microssistema dos Juizados Especiais não olvida de institutos albergados por outros ramos do direito. A própria Lei nº. 9.099/95 no art. 92 estabelece que se deve aplicar subsidiariamente as disposições dos Código Penal e Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta lei”.

Entendemos, apesar da prescindibilidade da referência feita ao concurso de crimes, que pretendeu o legislador enfatizar a solução que daria para o tema logo mais no parágrafo único dos citados artigos, cuja redação revelou-se idêntica tanto na Lei 9.099/95, quanto na Lei nº. 10.259/01.

Assim, fixou a inovação legislativa a competência do Tribunal do Júri ou do Juízo Comum, em caso de reunião de processos decorrentes

da conexão ou continência. Doravante, havendo conexão ou continência entre um crime de menor potencial ofensivo e outro de diversa natureza, seguindo em sentido oposto ao entendimento defendido por forte corrente doutrinária e jurisprudencial, optou o legislador por manter o julgamento em um só processo, descartando a hipótese de cisão processual, decidindo que o juízo competente para tal julgamento seria o Comum ou o próprio Tribunal do Júri.

Tal pensamento legislativo, não olvidando as severas críticas que têm sido feita à inovação, sobre o que logo mais falaremos, acarreta consequências sobre os temas que já tratamos nos tópicos anteriores.

A primeira que enxergamos diz respeito ao conhecimento isolado ou somado das penas, havendo um crime de menor potencial ofensivo.

Albergado o novo entendimento, havendo concurso de um crime de menor potencial ofensivo com um de maior potencial, manter-se-á o julgamento conjunto no Juízo Comum.

Pelo que se vê o legislador optou por adotar o critério da análise autônoma das penas de cada crime, tanto é assim que determinou fossem observados, lá no Juízo Comum, os institutos despenalizadores da composição civil e transação penal para o crime de menor potencial ofensivo, que não perdeu esta natureza por ser visto em concurso com outro.

Sobre este tema manifestou-se o professor Luiz Flávio Gomes em artigo publicado no ambiente virtual:

“Já não é possível somar a pena máxima da infração de menor potencial ofensivo com a da infração conexa (de maior gravidade) para excluir a incidência da fase consensual. A soma das penas máximas, mesmo que ultrapassado o limite de dois anos, não pode ser invocada como fator impeditivo da transação penal.”

Em verdade mais um passo se deu a caminho da concretização da política do desencarceramento, levantando bandeira em defesa da aplicação da política do consenso ou não conflitiva no Direito Penal, na mesma esteira do que já vem ocorrendo no cenário mundial.

E neste mesmo contexto entendemos: se no concurso entre crime de menor potencial ofensivo e outro, será a pena olhada isoladamente (a reunião dos processos não será óbice à aplicação dos institutos despenalizadores para o de menor potencial ofensivo), o mesmo deve se dar quando forem as infrações conexas (duas ou mais) de menor potencial ofensivo, pois como já diz o brocardo “onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito”. Em ambas as situações a razão é a mesma: concurso de crimes; a consequência, dessarte, também deverá ser a mesma: análise isolada de cada pena cominada. *In casu*, pensamos manter-se a competência nos Juizados Especiais Criminais, pois pela idéia trazida pelo legislador o critério de atração/deslocamento da competência se deu em consideração apenas ao crime de médio/maior potencial ofensivo.

Aspecto também relevante a ser retirado da inovação legislativa, ao lado da defesa da política não conflitiva de resolução da lide penal, foi o destaque mantido em favor da vítima, que faz parte da primeira fase do procedimento sumaríssimo, quando pleiteia a reparação dos danos. Como diz o professor Luiz Flávio Gomes em artigo publicado “*a velha reivindicação da vitimologia (reparação dos danos em favor da vítima) continua preservada, mesmo que haja conexão de infrações.*”

No que tange ao aspecto temporal de aplicação da norma, que foi publicada em 28.08.06, tem-se que sendo lei processual que fixa competência, sua aplicação é imediata, incidindo sobre os processos em andamento. Sobre o assunto escreveu o citado professor Luiz Flávio:

“Lei processual nova que altera ou fixa competência tem aplicação imediata, incluindo-se os processos em andamento. Exceção: a exceção que existe a essa regra reside no processo que já conta com decisão de primeira instância. Nesse caso, não se altera a competência recursal (não incide a lei nova para alterar a competência recursal).”

Não se pode deixar de falar de aspecto desta inovação que tem alvoroçado a doutrina, não havendo ainda decisão neste sentido, qual seja da (in)constitucionalidade da neófito norma.

Alguns doutrinadores já levantaram voz em defesa da inconstitucionalidade da norma, podendo ser citado o Promotor de Justiça Rômulo Andrade em artigo publicado na internet, ao argumento de que a competência para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo é ditada pela Constituição Federal em razão da matéria, portando de caráter absoluto, sendo nulos os atos praticado fora do juízo competente; por esta razão, defende, a lei infraconstitucional que modifica a competência constitucionalmente fixada seria inconstitucional.

Feita a análise circunscrita a este enfoque, haveria inconstitucionalidade da lei. Entretanto, não entendemos o motivo de nunca ter havido este debate já que no texto da Lei nº. 9.099/95 foram trazidas duas hipótese de deslocamento da competência para o juízo comum, nos artigos 66, parágrafo único e artigo 77, § 2º, quais sejam quando o suposto autor do fato não é encontrado para ser citado e quando a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, ocasião em que o Ministério Público requer ao juiz o encaminhamento das peças existentes.

Ultrapassada esta questão, pensamos que a *mens legis* veio realmente imbuída do espírito conciliatório a possibilitar o acesso à composição civil e transação penal ainda que fora dos Juizados Especiais, mas como forma de beneficiar os autores de fatos de pequena gravidade e que, portanto, merecem tutela diferenciada pelo Direito Penal.

7. LEI Nº. 11.313/06 E REFLEXO NA SÚMULA 243 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por derradeiro, outra importante consequência advinda da alteração legislativa ora estudada diz respeito à extensão da inovação ao instituto da suspensão condicional do processo, já que o texto em sua parte final se refere apenas aos institutos da composição civil e transação penal.

No afã de aplicar ou não a interpretação extensiva mencionada, imperioso se torna conhecer a natureza jurídica e finalidade dos institutos despenalizadores.

Partindo disso, vemos a opinião do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a suspensão condicional do processo possui natureza

jurídica mista, tanto penal quanto processual penal, já que em decorrência de sua aplicação, “toca-se” no *jus puniendi* estatal, qual seja a extinção da punibilidade do suposto autor do fato, conforme determina o art. 89, parágrafo quinto da Lei nº. 9.099/95.

A mesma natureza jurídica têm os institutos da composição civil dos danos e transação penal, possibilitando, uma vez aceita pela vítima na primeira hipótese e cumprida pelo suposto autor do fato em ambas, também a extinção da punibilidade, como se vê da redação dos arts. 74, parágrafo único (renúncia ao direito de queixa ou representação) e art. 76, parágrafo quarto.

Além de idêntica natureza jurídica é ululante que o tripé de institutos apresenta-se como alicerce no sistema de justiça pactual, inserindo-se no novel modelo de resolução de conflitos de interesses penais, consistente em desburocratização e aceleração da justiça penal, como diz a insigne professora Ada Pellegrini Grinover.

Não olvidamos as diferenças intrínsecas de cada instituto, bem como hipóteses em que são aplicados, a citar como exemplo a observância da pena mínima na suspensão condicional do processo e da pena máxima nos outros dois casos, o que nem por isso modifica a natureza e finalidade dos institutos.

Assim, observando o contexto histórico no qual está inserida a Lei 11.313/06, entendemos que, muito embora somente tenha feito referência à composição civil e transação penal, deve haver aplicação ao instituto da suspensão condicional do processo.

Se acolhido tal entendimento não mais terá aplicação o Enunciado da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano”.

Isto porque conforme já concluído, as penas abstratamente cominadas às infrações cometidas em concurso, devem ser analisadas

isoladamente, o que tornará possível a aplicação dos institutos despenalizadores.

8. CONCLUSÃO

Com o presente estudo tentamos demonstrar a necessidade, ínsita ao desenvolvimento do homem, de passear por concepções diversas acerca do estudo do poder punitivo e sua forma de expressão na sociedade, condizente com seu estágio evolutivo, tomando como ponto de partida a barbárie e caos da autotutela.

Importa ressaltar que caminhamos muito desde o tempo da vingança privada, passando por extremos no tema “controle social”, deparando-nos com idéias que ganharam voz entre os filósofos iluministas, defensores das idéias da imprescindibilidade de abrir-se mão de parcela do poder, para concentrá-la na mão do Estado que tudo podia.

Continuando a jornada evolutiva, passou-se a criticar a forma de controle social desenvolvida pelo Estado e focada no encarceramento daqueles que “desobedecessem” às regras postas, para pensar-se em alternativas que melhor atendem à sociedade moderna.

Neste terreno doutrinário ganhou relevo a idéia de desencarceramento com busca de instrumentos para concretização deste novo modelo penalógico. Foi neste contexto que entrou em cena a Lei nº. 9.099/95 imbuída de novel idéias acerca da composição da lide, trazendo em seu aspecto criminal os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, reveladores de alta carga conciliatória e afastando-se decisivamente do modelo clássico do encarceramento.

Dado o primeiro passo, as inovações legislativas posteriores mostram cada vez mais o fomento ao desencarceramento, o que vemos mais uma vez com a edição da Lei nº. 11.313/06.

Esta lei, de uma vez por todas, pacificou o debate sobre a leitura isolada ou cumulada das penas cominadas aos delitos de menor potencial ofensivo, acolhendo o primeiro entendimento.

A partir do encerramento deste debate nasce outro, qual seja a inaplicabilidade da Súmula 243 do STJ, pois como dissemos entendemos

não haver razão para a análise isolada das penas quando da aplicação da composição civil e transação penal, como o fez o art. 60 da Lei nº. 9.099/95 e 2º da Lei nº. 10.259/002, e não se fazer o mesmo em se tratando da suspensão condicional do processo, considerando a idêntica natureza dos três institutos, que guardam a idéia despenalizadora.

Arelado a este fundamento, que se basta por si, não devemos olvidar a evolução de idéias que se passa no campo penal nos dias atuais, buscando a concretização do respeito ao homem em seus mais diversos matizes, com realce à **dignidade**, núcleo intangível do ser humano.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROCHA, José de Albuquerque de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Jurídico Atlas. 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. II. STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

Link 1. www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 15 dez 2006.

Link 2. www.podivum.com.br. Acesso em: 17 dez 2006.

Link 3. www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 jan. 2007.

Link 4. www.stf.gov.br. Acesso em: 10 jan. 2007.